Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 1097/2014

Urteil vom 6. Oktober 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Haag,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte
A._____, vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Tomas Poledna,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Beurteilungsschreiben 2013, Aufsichtsklassifizierung,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 5. November 2014.

Sachverhalt:

A.

Der A._____ (nachfolgend: Verein A._____) ist eine anerkannte Selbstregulierungsorganisation nach Art. 24 ff. des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (GwG; SR 955.0).

Mit Schreiben vom 12. Dezember 2013 teilte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA dem Verein A._____ mit, er werde weiterhin der Aufsichtskategorie 6A/Ratingklasse "erhöht" zugeteilt. Aus dieser Einteilung würden mindestens drei Aufsichtsgespräche und eine intensive Überprüfung im Jahr 2014 resultieren.

Der Verein A._____ ersuchte die FINMA mit Schreiben vom 23. Dezember 2013 um Erlass einer formellen Verfügung über die Bildung von Aufsichtskategorien für Selbstregulierungsorganisationen und über seine Zuordnung zu einer solchen Kategorie. Darüber hinaus ersuchte er die FINMA, angesichts der laufenden Rechtsmittelfrist, um rechtzeitige Mitteilung, ob sie das Schreiben vom 12. Dezember 2013 als Verfügung im Sinne des Antrags betrachte, oder aber ob sie gedenke, dem Antrag stattzugeben und durch Verfügung zu entscheiden. Zudem äusserte sich der Verein A._____ zu den einzelnen Feststellungen der FINMA und zum Überwachungskonzept. Mit Schreiben vom 10. Januar 2014 erklärte die FINMA, dass sie dem Antrag keine

Folge leiste könne, da Aufsichtskonzepte einen generell-abstrakten Charakter hätten, weshalb darüber nicht individuell-konkret verfügt werden könne. Das Beurteilungsschreiben sei keine Verfügung; es sei im Rahmen der formfreien Aufsichtstätigkeit erfolgt und nicht als bindende Weisung ausgestaltet. Entsprechend würden keine Rechte und Pflichten des Vereins A._____ begründet, geändert, aufgehoben oder bestehende Rechte und Pflichten festgestellt.

B.

Mit Beschwerde vom 13. Januar 2014 gelangte der Verein A._____ gegen das Schreiben der FINMA vom 12. Dezember 2013 an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte, dieses sei bezüglich der Einteilung in die Aufsichtskategorie 6A und die Ratingkategorie "erhöht" aufzuheben. Es sei festzustellen, dass die Einteilung in Aufsichtskategorie und Ratingklasse unzulässig sei. Das Bundesverwaltungsgericht trat mit Urteil vom 5. November 2014 nicht auf die Beschwerde ein.

C.

Mit Beschwerde vom 4. Dezember 2014 beantragt der Verein A._____, das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. November 2014 sei kostenfällig aufzuheben und das Bundesverwaltungsgericht sei anzuweisen, auf die am 13. Januar 2014 anhängig gemachte Beschwerde einzutreten.

Die FINMA schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Die Vorinstanz hat auf die Einreichung einer Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer hat frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht. Sie richtet sich gegen einen Nichteintretensentscheid und damit gegen einen verfahrensabschliessenden Endentscheid (Art. 90 BGG; Urteil 2C 232/2012 vom 23. Juli 2012 E. 1.2) des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG; Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMAG; SR 956.1]).

1.2. Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht kann nur sein, was bereits Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder richtigerweise hätte sein sollen (BGE 136 II 457 E. 4.2 S. 462 f.; 133 II 35 E. 2 S. 38; Urteil 2C 961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.3). Mit dem angefochtenen Urteil ist die Vorinstanz auf eine Beschwerde gegen das Schreiben der FINMA vom 12. Dezember 2013 nicht eingetreten. Das angefochtene Urteil ist demnach ein Nichteintretensentscheid, welcher auch nicht im Sinne einer Eventual- oder Subsidiärbegründung eine materielle Begründung enthält. Der Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens, der sich nach dem Dispositiv des angefochtenen Entscheids und den Beschwerdeanträgen bestimmt (BGE 136 II 165 E. 5 S. 174; Urteile 2C 961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.3; 2C 930/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1), besteht somit einzig aus der Frage, ob die Vorinstanz auf die gegen das Schreiben der FINMA vom 12. Dezember 2013 erhobene Beschwerde hätte eintreten müssen. Wird die Beschwerde gutgeheissen, hat die Vorinstanz die Beschwerde materiell zu behandeln, andernfalls bleibt es beim Nichteintretensentscheid (Urteil 2C 272/2012 vom 9. Juli 2012 E. 1.1).

1.3. Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 89 Abs. 1 BGG). Der Beschwerdeführer nahm am vorinstanzlichen Verfahren teil und hat, ungeachtet seiner Legitimation in der Sache selbst, ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Frage, ob die Vorinstanz seine Beschwerde zu Recht nicht materiell behandelt hat (Urteil 1C 317/2010, 1C 319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.4. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f. mit Hinweis). Die Verletzung von Grundrechten untersucht es in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

1.5. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zu Grunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig festgestellt ist ein Sachverhalt, wenn er willkürliche Feststellungen beinhaltet (BGE 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62). Die betroffene Person muss rechtsgenügend dartun, dass und inwiefern der festgestellte Sachverhalt in diesem Sinne mangelhaft erscheint und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG); rein appellatorische Kritik an der Sachverhaltsermittlung und an der Beweiswürdigung genügt den Begründungs- bzw. Rügeanforderungen nicht (vgl. BGE 139 II 404 E. 10.1 S. 445). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

2.

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe in unzutreffender Anwendung und Auslegung von Art. 5 VwVG das Schreiben der FINMA vom 12. Dezember 2013 nicht als Verfügung qualifiziert. Die Zuteilung in eine Kategorie intensiver Überwachung führe zu einer erhöhten Informationsbeschaffung (Art. 27 Abs. 1 GwG; Art. 18 Abs. 2 GwG [recte Art. 27 Abs. 3 GwG und Art. 29 FINMAG]). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz gebe es keine "formfreie" Informationsbeschaffung. Jede Informationsbeschaffung und die dadurch verursachten Kosten würden ihn in seiner Rechtsstellung als Beaufsichtigten tangieren. Das Schreiben vom 12. Dezember 2013 der FINMA sei nicht der "formfreien" Aufsichtstätigkeit zuzuordnen, sondern konkretisiere die Pflichten des Beschwerdeführers als Beaufsichtigten derart, dass sich erst aus dieser Konkretisierung Art und Umfang der Mitwirkungspflicht und der Datenherausgabe ergebe, weshalb das Schreiben der FINMA vom 12. Dezember 2013 als Verfügung zu qualifizieren sei. Das Nichteintreten auf die erhobene Beschwerde wegen fehlendem Anfechtungsobjekt verletze zudem Art. 29a BV.

2.1. Das Schreiben vom 12. Dezember 2013, dessen rechtliche Einordnung strittig ist, betrifft die Aufsicht der FINMA über den Beschwerdeführer als geldwäschereirechtliche Selbstregulierungsorganisation.

Zwecks Bekämpfung der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305bis StGB, seit 2009 auch der Terrorismusfinanzierung im Sinne von Art. 260quinquies Abs. 1 StGB und zur Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 1 GwG) insbesondere auf dem Gebiet bis anhin nicht regulierter Bereiche, hat der Gesetzgeber eine Aufsicht über die Einhaltung der gesetzlichen Sorgfaltspflichten (Art. 3 ff. GwG) durch die Finanzintermediäre eingeführt (SCHWOB/COSANDEY, in: Kommentar zum BankG, 22. Aufl. 2014, N. 104 zu den Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei). Je nach Art der ausgeübten Tätigkeit untersteht der Finanzintermediär der Aufsicht durch die FINMA (Art. 12 lit. a und lit. c Ziff. 2 GwG), die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) (Art. 12 lit. b GwG) oder eine anerkannte Selbstregulierungsorganisation (Art. 12 lit. c Ziff. 1 GwG). Der Beschwerdeführer als anerkannte Selbstregulierungsorganisation im Sinne von Art. 24 GwG erfüllt in diesem Bereich - ungeachtet der privatrechtlichen Natur der von ihnen ausgesprochenen Sanktionen - eine öffentliche Aufgabe (Urteil 2C 887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.1).

2.2. Die Ausübung dieser öffentlichen Aufgabe als Selbstregulierungsorganisation wird ihrerseits durch die FINMA beaufsichtigt (Art. 27 f. GwG; Art. 1 Abs. 1 lit. f, Art. 3 lit. a, Art. 6 Abs. 1 FINMAG; Urteil 2C 887/2010 vom 28. April 2011 E. 9.3; DU PASQUIER/RAYROUX, Basler Kommentar zum Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 27 zu Art. 3 FINMAG). Unter Aufsicht wird zum einen die laufen-

de Überwachung (surveillance), aber auch die punktuell eingreifende Verwaltungsaufsicht (enforcement) der FINMA verstanden (KILGUS, Expertengutachten betreffend die Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA, erstattet dem Eidgenössischen Finanzdepartement, vom 4. August 2014, <http://www.news.admin.ch/NSBSubsc [besucht am 17. August 2015], S. 33). Zur Ausübung der Aufsicht benötigt die FINMA Informationen über den Beaufsichtigten. Aus diesem Grund unterliegt der Beschwerdeführer der für Beaufsichtigte gesetzlich in Art. 29 FINMAG verankerten Auskunfts- und Mitwirkungspflicht (TRUFFER, Basler Kommentar zum Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 3, 4, 7 zu Art. 29 FINMAG). Er ist demnach von Gesetzes wegen verpflichtet, der FINMA auf Verlangen alle
Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben, die diese zur Ausübung der Aufsicht benötigt (TRUFFER, a.a.O., N. 2, N. 14 zu Art. 29 FINMAG; ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/ FRITSCHE/EYMANN/AMANN, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 120). In erster Linie ergibt sich der Umfang des aufsichtsrechtlichen Bedarfs an Informationen über die beaufsichtigte Tätigkeit aus den hauptsächlichen Zwecken der Finanzmarktaufsicht (Art. 5 FINMAG). Die Auskünfte und die Herausgabe von Unterlagen sollen sich auf das beschränken, was zur Erfüllung der Aufsichtstätigkeit und insbesondere zur Abklärung der Unterstellungspflicht tatsächlich erforderlich ist. Im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben) kommt der FINMA als Fachbehörde ein technisches Ermessen bei der Beurteilung des für die Ausübung der Aufsicht notwendigen Bedarfs an Auskünften und Unterlagen zu. Das Bundesgericht hat die altrechtlichen spezialgesetzlichen, mittlerweile durch Art. 29 FINMAG ersetzten bzw. ergänzten Bestimmungen (Art. 1, Art. 2 Abs. 1 FINMAG) über die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht von Beaufsichtigten (vgl. TRUFFER, a.a.O., N. 3 zu Art. 29 FINMAG) in ständiger Praxis im
Zweifelsfall weit ausgelegt, da der präventive Beizug von genügenden und gesicherten Informationen im öffentlichen Interesse die frühzeitige Erkennung von Gesetzesverletzungen und sonstigen Missständen ermöglicht (BGE 126 II 111 E. 3b S. 115 f.).

2.3. Die aufsichtsrechtlich motivierte Auskunfts- und Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers gegenüber der FINMA besteht unmittelbar von Gesetzes wegen (Art. 29 Abs. 1 FINMAG). Das Gesetz bezeichnet die Verpflichteten (die Beaufsichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgeblich beteiligte Personen und Unternehmen), die Person, gegenüber welcher diese Pflicht zu erbringen ist (die FINMA) sowie den inhaltlichen Umfang der Pflicht (zur Ausübung der Aufsicht notwendige Mitwirkung und Aufsicht). Die blosse Aufforderung der FINMA an den Normadressaten genügt somit, mit ausreichender Bestimmtheit verwaltungsrechtliche Pflichten auszulösen (TSCHANNEN, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2008, S. 92 f.). Kommt der Normadressat jedoch seinen gesetzlichen Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nicht nach oder bestreitet er das Vorliegen einer solchen, wird die FINMA zur Durchsetzung dieser Pflicht ein auf Erlass einer Verfügung gerichtetes Verfahren eröffnen (TRUFFER, a.a.O., N. 31 zu Art. 29 FINMAG; WYSS, Finanzmarktenforcement der FINMA: Die Instrumente und ihr Einsatz in der Praxis, in: Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, 2014, S. 121; ZULAUF/WYSS/ TANNER/KÄHR/FRITSCHE/EYMANN/
AMANN, a.a.O., S. 120 f., S. 123).

3.

3.1.

Als Verfügungen gelten, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 135 II 38 E. 4.3 S. 45; 131 II 13 E. 2.2. S. 17); das Verfahrensstadium (Vorabklärungs- oder Enforcementverfahren), in welchem ein Verwaltungsakt ergeht, präjudiziert dessen rechtliche Einordnung nicht (Urteil 2C 1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 3.3). Entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift gilt die Regelung eines Rechtsverhältnisses im Einzelfall und nicht eine allfällige Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Adressaten als Strukturmerkmal der Verfügung. In der Ausrichtung auf Rechtsverbindlichkeit unterscheidet sich die Verfügung vom tatsächlichen oder informellen Verwaltungshandeln, welches nicht auf die Herbeiführung eines Rechts-, sondern eines Taterfolgs ausgerichtet ist (BGE 130 I 369 E. 6.1 S. 379), indessen gleichwohl die Rechtsstellung von Privaten beeinträchtigen kann (BGE 140 II 315 E. 4.3, E. 4.4 S. 325 f.; prägnant TSCHAN-

NEN, a.a.O., S. 173 ff.). Über solche (die Rechtsstellung tangierende) Realakte kann bei schutzwürdigem Interesse durch Gesuch eine Verfügung erwirkt werden (Art. 25a VwVG; zu den
Voraussetzungen, unter denen ein Rechtsanspruch auf Erlass einer solchen Verfügung besteht, BGE 140 II 315 E. 3.1, 4.3, 4.4, 4.5, S. 321 ff.).

3.2. Mit ihrem Schreiben vom 12. Dezember 2013 und der darin vorgenommenen Einteilung in eine Aufsichtskategorie bestimmte die FINMA, in welchem Ausmass sie Informationen über die Geschäftstätigkeit des Beschwerdeführers und dessen Mitwirkung zur laufenden Überwachung (Aufsicht) benötigt ("auf Grund der Einteilung wird die FINMA mindestens drei Aufsichtsgespräche führen und eine intensive GwG-Prüfung 2014 vornehmen"). Die Bestimmung der Intensität der Aufsicht über den Beschwerdeführer ist Ausfluss ihrer Aufsichtskompetenz, deren Begründung den Erlass einer anfechtbaren Verfügung nicht voraussetzt. Mit der Aufforderung zur Mitwirkung oder zur Auskunftserteilung regelt die FINMA keine Rechte und Pflichten, sondern hält den Normadressaten vielmehr formlos zur Erfüllung dessen an, was von Gesetzes wegen gilt, nämlich, dass sie sich Aufsichtshandlungen unterziehen muss (Art. 29 FINMAG; oben, E. 2.3). Wegen der fehlenden Ausrichtung auf Rechtswirksamkeit, die als Strukturmerkmal der Verfügung gilt (BGE 135 II 38 E. 4.3 S. 45; 131 II 13 E. 2.2. S. 17; Urteil 2C 1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 3.4), kann das Schreiben der FINMA vom 12. Dezember 2013 nicht als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG qualifiziert werden. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

3.3. Der Umstand, dass die Kosten der Beaufsichtigung durch den Beaufsichtigten zu tragen sind (Art. 15 FINMAG), macht das Schreiben vom 12. Dezember 2013 auch noch nicht zu einem Anfechtungsobjekt einer Beschwerde, auf welche die Vorinstanz im vorinstanzlichen Verfahren hätte eintreten müssen. Die im Schreiben vom 12. Dezember 2013 enthaltene Einreihung in eine Aufsichtskategorie bewirkt per se noch keine zu entrichtenden Gebühren, weshalb auch unter diesem Gesichtspunkt mangels Ausrichtung auf Rechtswirksamkeit keine Verfügung vorliegt. Der angefochtene vorinstanzliche Nichteintretensentscheid ist auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

3.4. Ob die FINMA auf Gesuch des Beschwerdeführers hin mit Schreiben vom 10. Januar 2014 eine anfechtbare Verfügung (Art. 25a Abs. 1 VwVG) hätte erlassen müssen, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Falls das Schreiben der FINMA vom 12. Dezember 2013 eine individuelle, schützenswerte Rechtsposition des Beschwerdeführers betroffen hätte, hätte er seinen Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung (Art. 25a Abs. 2 VwVG) auf dem Rechtsweg durchsetzen können (BGE 140 II 315 E. 5.3 S. 334). Der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid stimmt in der Sache mit der Rechtsauffassung der FINMA gemäss ihrem Schreiben vom 10. Januar 2014 überein (vgl. E. 1.2 hiervor). Ein Rechtsschutzdefizit ist nicht ersichtlich. Damit liegt auch kein Verstoss gegen Art. 29a BV vor (BGE 140 II 315 E. 4.4 S. 325 f.; Urteil 2C 1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 3.5).

4.

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 3'000.– werden dem unterliegenden Beschwerdeführer auferlegt (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der FINMA ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Oktober 2015

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall